

PODER JUDICIÁRIO, ATIVISMO JUDICIAL E DEMOCRACIA*

Gisele Cittadino**

A expansão da ação judicial é marca fundamental das sociedades democráticas contemporâneas. O protagonismo do Poder Judiciário pode ser observado tanto nos Estados Unidos como na Europa, ainda que nos países da *common law* esse ativismo judicial seja mais favorecido pelo processo de criação jurisprudencial do direito. De qualquer forma, mesmo nos países de sistema continental, os textos constitucionais, ao incorporar princípios, viabilizam o espaço necessário para interpretações construtivistas, especialmente por parte da jurisdição constitucional, já sendo até mesmo possível falar em um “direito judicial”. No Brasil, do mesmo modo, também se observa uma ampliação do controle normativo do Poder Judiciário, favorecido pela Constituição de 1988, que, ao incorporar direitos e princípios fundamentais, configurar um Estado Democrático de Direito e estabelecer princípios e fundamentos do Estado, viabiliza uma ação judicial que recorre a procedimentos interpretativos de legitimação de aspirações sociais.¹ Como assinala Luiz Werneck Vianna, após a Segunda Guerra, seja na preferência da bibliografia especializada, seja no âmbito da opinião pública, “à *prevalência do tema do Executivo*,

* Trabalho apresentado no Seminário Temático *Controles Democráticos e Responsabilidade Pública*, no XXV Encontro da Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ciências Sociais (ANPOCS), Caxambu, Minas Gerais, 16 a 20 de outubro de 2001.

** Professora do Curso de Mestrado em Direito da Faculdade de Direito de Campos.

¹ Ver, a respeito, FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Constituição de 1988. Legitimidade, vigência e eficácia normativa*. (colaboração DINIZ, Maria Helena.; e GEORGAKILAS. Ritinha A. Stevenson). São Paulo: Editora Atlas, 1989. p. 11.

*instância da qual dependia a reconstrução de um mundo arrasado pela guerra, (...) seguiu-se a do Legislativo, quando uma sociedade civil transformada pelas novas condições de democracia política impôs a agenda de questões que diziam respeito à sua representação, para se inclinar, agora, para o chamado Terceiro Poder e a questão substantiva nele contida – Justiça”.*²

Esse processo de ampliação da ação judicial pode ser analisado à luz das mais diversas perspectivas: o fenômeno da normatização de direitos, especialmente em face da sua natureza coletiva e difusa; as transições pós-autoritárias e a edição de constituições democráticas, seja em países europeus ou latino-americanos e a conseqüente preocupação com o reforço das instituições de garantia do estado de direito, dentre elas a magistratura e o Ministério Público; as diversas investigações voltadas para a elucidação dos casos de corrupção a envolvera classe política, fenômeno já descrito como “criminalização da responsabilidade política”; as discussões sobre a instituição de algum tipo de poder judicial internacional ou transnacional, a exemplo do tribunal penal internacional; e, finalmente, a emergência de discursos acadêmicos e doutrinários, vinculados à cultura jurídica, que defendem uma relação de compromisso entre Poder Judiciário e soberania popular. Se considerarmos qualquer uma dessas chaves interpretativas, podemos compreender por que a expansão do poder judicial é vista como um reforço da lógica democrática. Com efeito, seja nos países centrais, seja nos países periféricos, na origem da expansão do poder dos tribunais, percebe-se uma mobilização política da sociedade. Não é por outra razão que esse vínculo entre democracia e ativismo judicial vem sendo designado como “judicialização da política”.

É importante ressaltar, em primeiro lugar, que esse processo de “judicialização da política” – por mais distintas

² Cf. VIANNA, Luiz Werneck. “Poder judiciário, ‘positivação’ do direito natural e política”. In: *Estudos Históricos*. Vol. 9, n.º 18, 1996, p. 263.

que sejam as relações entre justiça e política nas democracias contemporâneas – é inseparável da decadência do constitucionalismo liberal, de marca positiva, exclusivamente voltado para a defesa de um sistema fechado de garantias da vida privada. O crescente processo de “juridificação” das diversas esferas da vida social só é compatível com uma filosofia constitucional comprometida com o ideal da igualdade-dignidade humanas e com a participação político-jurídica da comunidade. Em segundo lugar, ainda que o processo de judicialização da política possa evocar um vínculo entre “força do direito” e “fim da política”³ – ou seja, a idéia de que as democracias marcadas pelas paixões políticas estariam sendo substituídas por democracias mais jurídicas, mais reguladoras –, é preciso não esquecer que a crescente busca, no âmbito dos tribunais, pela concretização de direitos individuais e/ou coletivos também representa uma forma de participação no processo político. Finalmente, é importante considerar que se a independência institucional do Poder Judiciário tem como contrapartida a sua passividade – o juiz só se manifesta mediante provocação –, os tribunais estão mais abertos ao cidadão que as demais instituições políticas e não podem deixar de dar alguma resposta às demandas que lhes são apresentadas.

São, portanto, várias as razões através das quais podemos compreender o processo de “judicialização da política”. Esta ampliação do raio de ação do Poder Judiciário não representa qualquer incompatibilidade com um regime político democrático, ainda que a incidência

³ Ver, a respeito, GUÉNAIRE, Michel. *La Constitution ou la fin de la politique*. Este texto foi publicado pela *Revista Le Débat*, nº 64, março-abril de 1991, juntamente com mais quatro artigos de autores franceses que, ao contrário de Guénaire, não vislumbram qualquer relação perversa entre o direito e a política: FAVOREU, Louis. *De la démocratie à l'État de droit*; RIALS, Stéphane. *Entre artificialisme et idolâtrie. Sur l'hésitation du constitutionnalisme*; ROUSSEAU, Dominique. *La Constitution ou la politique autrement*; e TROPER, Michel. *Le droit, la raison et la politique*.

política da justiça possa a variar segundo os países. De qualquer modo, se o atual protagonismo do Poder Judiciário pode ser visto positivamente, “essa expansão deve ocorrer sem violar o equilíbrio do sistema político e de maneira compatível com as duas bases da democracia constitucional: garantir os direitos dos cidadãos e, portanto, limitar cada poder político, e assegurar a soberania popular”.⁴ Afinal, ainda que o ativismo judicial transforme em questão problemática os princípios da separação dos poderes e da neutralidade política do Poder Judiciário e, ao mesmo tempo, inaugure um tipo inédito de espaço público, desvinculado das clássicas instituições político-representativas, isso não significa que os processos deliberativos democráticos devam conduzir as instituições judiciais, transformando os tribunais em regentes republicanos das liberdades positivas dos cidadãos.

É importante ressaltar, todavia, que são muitos os autores que, por reservar aos tribunais a função de estabelecer uma síntese interpretativa dos valores constitucionais forjados pelo povo, não manifestam qualquer temor de que o processo de judicialização da política venha a atuar contrariamente ao “império da lei” e seus fundamentos democráticos. Em um dos seus mais importantes trabalhos,⁵ Bruce Ackerman, por exemplo, afirma que contra as grandes decisões políticas tomadas por uma cidadania fortemente mobilizada, a Suprema Corte Americana não pode legitimamente invocar nem mesmo o argumento de que tal deliberação viola os direitos fundamentais constitucionalmente assegurados. Ackerman explicita o seu argumento recorrendo a um caso hipotético; ele imagina uma situação em que o avanço do fundamentalismo religioso no mundo islâmico encontraria como contrapartida no mundo ocidental uma formidável

⁴ Cf. GUARNIERI, Carlo. PEDERZOLI, Patrizia. “Los Jueces y La Política”. In: *Poder Judicial y Democracia*, 1999. p. 27.

⁵ Ver ACKERMAN, Bruce. “We the People”. In: *Foundations*, 1991.

renovação dos compromissos do povo com a fé cristã. Como decorrência desta religiosidade revigorada, o povo americano, através de um forte movimento político, tomaria uma decisão revolucionária – representada por uma significativa “transformação no sistema”⁶ – que terminaria por resultar na promulgação de uma nova Emenda Constitucional, que revogaria parcialmente a Primeira,⁷ e cujo conteúdo seria o seguinte “O Cristianismo é estabelecido como a religião oficial do povo americano e o culto público de outros deuses está, pela presente, proibido”.⁸ Em face da promulgação desta hipotética XXVII Emenda Constitucional, os juizes da Suprema Corte Americana não poderiam declarar a sua inconstitucionalidade, através do *judicial review*, precisamente porque os direitos fundamentais, segundo Ackerman, não são prioritários nem podem subordinar a deliberação soberana do povo. Ao contrário, até mesmo as liberdades mais fundamentais – como a religiosa, por exemplo – dependem do processo público de autodeterminação.

Não é apenas no âmbito de discursos doutrinário e relato de casos hipotéticos que a prioridade conferida à autonomia pública autoriza restrições aos cidadãos em nome de objetivos coletivos. Se observarmos, por exemplo,

⁶ Ressalte-se, no entanto, que, segundo Ackerman, uma decisão política revolucionária apenas se traduz em efetiva mudança constitucional quando três condições são obtidas. Em primeiro lugar, o movimento político que a deflagra deve convencer um número extraordinário de cidadãos a discuti-la com seriedade. Em segundo lugar, todos aqueles que a ela se opõem devem ter assegurado o direito de expor amplamente os argumentos que sustentam sua posição contrária. Finalmente, a maioria dos cidadãos deve continuamente apoiar esta decisão e seus efeitos, quando ela é discutida nos foros constitucionais adequados, especialmente no âmbito da Suprema Corte.

⁷ A Primeira Emenda à Constituição Americana impede que o Congresso institua qualquer religião oficial, proíba o exercício dos cultos religiosos, restrinja a liberdade de expressão e de imprensa, limite o direito do povo de reunir-se pacificamente ou o direito de petição aos poderes públicos. As dez primeiras emendas constitucionais americanas, ratificadas em 15 de dezembro de 1791, constituem a Declaração de Direitos (*Bill of Rights*).

⁸ Cf. ACKERMAN, Bruce. Op. cit., nota 5, p. 14.

o caso do Canadá, veremos que esse país, da mesma forma como outras democracias contemporâneas, instituiu em 1982, como parte integrante de sua Constituição, uma declaração de direitos – a “Carta de Direitos e Liberdades” –, destinada a proteger os direitos fundamentais de todos os cidadãos canadenses. Com efeito, esta declaração de direitos assegura um conjunto de direitos e liberdades individuais (liberdade religiosa, liberdade de expressão, direito ao devido processo, etc.), tanto quanto um tratamento igualitário para todos os cidadãos, proibindo práticas discriminatórias em razão de raça, sexo ou religião. Ao mesmo tempo, estes direitos individuais e as exigências de tratamento igualitário constituem base para a revisão judicial (*judicial review*) da legislação canadense em qualquer nível de governo. No entanto, ainda que o Tribunal Supremo do Canadá possa declarar a inconstitucionalidade das leis que violam a declaração de direitos, o instituto do *judicial review* é limitado por uma cláusula constitucional – a chamada cláusula do “não obstante” (*notwithstanding clause*) –, segundo a qual o Parlamento ou as Assembleias Provinciais podem instituir legislações imunes à revisão judicial, durante um certo período.⁹ Foi com base nessa cláusula que algumas leis relativas à proteção cultural dos franco-canadenses foram promulgadas em Quebec, dentre elas a que os proíbe de matricular seus filhos em escolas de língua inglesa. A validade dessa legislação, que impõe restrições aos direitos constitucionalmente assegurados, decorreria do fato de que foi instituída em nome de um objetivo comum, ou seja, a sobrevivência cultural dos franco-canadenses. Esta seria a única forma de lidar com a

⁹ É necessário ressaltar que a chamada cláusula do “não obstante” não pode ser invocada em relação à legislação que limite as liberdades religiosas, de expressão, de assembleia, de associação, o direito ao *habeas corpus* e outros direitos considerados básicos. Ao mesmo tempo, as leis imunes ao controle judicial devem ser renovadas após cinco anos, pois, caso contrário, estão automaticamente derogadas. Ver a respeito CARENS, Joseph. “Complex Justice, Culture and Politics”. In: *Pluralism, Justice and Equality*, 1995. p. 53.

“pretensão homogeneizante” do Canadá inglês, contrária ao reconhecimento de Quebec como “sociedade distinta”,¹⁰ evitando dessa maneira a violação da autodeterminação do seu povo e a imposição de *uma forma de sociedade liberal que lhes é alheia e a qual não podem acomodar-se sem sacrificar sua identidade*.¹¹

O que nos resta agora perguntar é se o vínculo entre ativismo judicial e reforço da lógica democrática, que subjaz ao processo de “judicialização da política”, pode viabilizar essa quebra de limites normativos à soberania popular, por mais legítimo que seja o movimento político a dar-lhe sustentação. Em outras palavras, a indagação é se o Poder Judiciário, para não violar a deliberação pública de uma comunidade política que atua autonomamente orientada pelos valores que compartilha, deve ou atuar como regente republicano da cidadania ou abdicar de garantir direitos constitucionalmente assegurados. Dar uma resposta positiva a essa pergunta significa, na verdade, autorizar os tribunais, especialmente as cortes supremas, a atuar como profetas ou deuses do direito, consolidando aquilo que já é designado como “teologia constitucional” e imunizando *a atividade jurisprudencial perante a crítica a qual originariamente deveria estar sujeita (...), pois quando a justiça ascende ela própria à condição de mais alta instância moral da sociedade, passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social...*¹²

Não se pode negar que as Constituições das democracias contemporâneas exigem uma interpretação construtivista das normas e dos princípios que as integram e, nesse sentido, as decisões dos tribunais – especialmente em face de conflitos entre direitos

¹⁰ Quebec integra o Estado canadense, mas é reconhecida como “sociedade distinta” por uma emenda constitucional, designada como Emenda Meech.

¹¹ Cf. TAYLOR, Charles. *El Multiculturalismo y “la Política del Reconocimiento”*, 1993. p. 90.

¹² Cf. MAUS, Ingeborg. *Judiciário como superego da sociedade. O papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã*. p. 186/187.

fundamentais – têm necessariamente o caráter de “decisões de princípio”. No entanto, a despeito do fato da dimensão inevitavelmente “criativa” da interpretação constitucional – dimensão presente em qualquer processo hermenêutico o que, por isso mesmo, não coloca em risco, a lógica da separação dos poderes –, os tribunais constitucionais, ainda que recorram a argumentos que ultrapassem o direito escrito, devem proferir “decisões corretas” e não se envolver na tarefa de “criação do direito”, a partir de valores preferencialmente aceitos. As decisões de princípio proferidas pelas cortes supremas não podem ser equiparadas a emissões de juízos que *ponderam objetivos, valores e bens coletivos*,¹³ pois, dado que normas e princípios constitucionais, em virtude do seu sentido deontológico de validade, são vinculantes e não especialmente proferidos, a interpretação constitucional deve decidir *qual pretensão e qual conduta são corretas em um dado conflito e não como equilibrar interesses ou relacionar valores*.¹⁴

De outra parte, uma interpretação constitucional orientada por valores, que opta pelo sentido teológico das normas e princípios constitucionais, ignorando o caráter vinculante do sistema de direitos constitucionalmente assegurados, desconhece não apenas o pluralismo das democracias contemporâneas, mas fundamentalmente a lógica do poder econômico e do poder administrativo. A concepção de comunidade ética de valores compartilhados parece desconhecer as relações de poder assimétricas inscritas nas democracias contemporâneas. É precisamente por isso que em um Estado Democrático de Direito, a corte constitucional deve *entender a si mesma como protetora de um processo legislativo democrático, isto é, como protetora de um processo de criação democrática do direito, e não como guardiã de uma*

¹³ Cf. HABERMAS, Jürgen. *Between Facts and Norms. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, 1996. p. 239/240.

¹⁴ Cf. HABERMAS, Jürgen. Op. cit., nota 13. p. 260/261.

*suposta ordem suprapositiva de valores substanciais. A função da Corte é velar para que se respeitem os procedimentos democráticos para a formação da opinião e da vontade políticas de tipo inclusivo, ou seja, em que todos possam, intervir, sem assumir ela mesma o papel de legislador político.*¹⁵

Uma cidadania ativa não pode, portanto, supor a ausência de uma vinculação normativa entre Estado de Direito e democracia. Ao contrário, quando os cidadãos vêm a si próprios não apenas como os destinatários, mas também como os autores do seu direito, eles se reconhecem como membros livres e iguais de uma comunidade jurídica. Daí a estreita conexão entre a plena autonomia do cidadão – privada e pública – e a legitimidade do direito. É precisamente do fato de que são autores e destinatários do ordenamento normativo que decorre, portanto, o direito dos cidadãos de tomar parte na interpretação da Constituição, ampliando aquilo que Peter Häberle designa como “comunidade de intérpretes da Constituição”,¹⁶ ou, de outra forma, favorecendo o processo de “judicialização da política”.

Referências:

ACKERMAN, Bruce. “We the People”. In: *Foundations*, 1991.

CARENS, Joseph. “Complex Justice, Culture and Politics”. In: *Pluralism, Justice and Equality*, 1995.

¹⁵ Cf. HABERMAS, Jürgen. *Más Allá del Estado Nacional*, 1997. p. 99.

¹⁶ Ver, a respeito, HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. 1997.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Constituição de 1988. Legitimidade, vigência e eficácia normativa*. (colaboração DINIZ, Maria Helena.; e GEORGAKILAS. Ritinha A. Stevenson). São Paulo: Editora Atlas, 1989.

GUARNIERI, Carlo. PEDERZOLI, Patrizia. "Los Jueces y La Política". In: *Poder Judicial y Democracia*, 1999.

GUÉNAIRE, Michel. La Constitution ou la fin de la politique. In: *Revista Le Débat*, nº 64, março-abril de 1991.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Between Facts and Norms. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, 1996.

_____. *Más Allá del Estado Nacional*, 1997.

MAUS, Ingeborg. *Judiciário como superego da sociedade. O papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã*. p. 186/187.

TAYLOR, Charles. *El Multiculturalismo y "la Política del Reconocimiento"*. 1993.

VIANNA, Luiz Werneck. "Poder judiciário, 'positivação' do direito natural e política". In: *Estudos Históricos*. Vol. 9, n.º 18, 1996.